

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه عدالت

رساله دکترا رشته حقوق گرایش بین الملل

عنوان :

عقد استصناع در حقوق ایران وفقه امامیه با نگاهی به کنوانسیون بیع بین المللی کالا

نگارش :

مهدی یزدان پناه

استاد راهنما :

آیت ا.. دکتر محمدحسین بیاتی

استاد مشاور :

دکتر عادل پیغامی

مرداد ۱۳۹۷

برگ اصالت و مالکیت اثر

اینجانب مهدی یزدان پناه دانش‌آموخته دکتری رشته حقوق بین‌الملل پدیدآور رساله با عنوان عقد استصناع در حقوق ایران و فقه امامیه با نگاهی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با راهنمایی آیت الله دکتر محمد حسین بیاتی گواهی و تعهد می‌کنم که بر پایه قوانین و مقررات، از جمله «دستورالعمل نحوه بررسی تخلفات پژوهشی» و همچنین «مصادیق تخلفات پژوهشی» مصوب وزارت علوم، تحقیقات و فناوری (۲۵ اسفند ۱۳۹۳):

□ این رساله دستاورد پژوهش این‌جانب و محتوای آن از درستی و اصالت برخوردار است؛

□ حقوق معنوی همه کسانی را که در به‌دست‌آوردن نتایج اصلی رساله تأثیرگذار بوده‌اند، رعایت کرده‌ام و هنگام کاربرد دستاورد پژوهش‌های دیگران در آن، با دقت و به‌درستی به آن‌ها استناد کرده‌ام؛

□ این رساله و محتوای آن را تاکنون این‌جانب یا کس دیگری برای دریافت هیچ‌گونه مدرک یا امتیازی در هیچ‌جا ارائه نکرده‌ام؛

□ همه حقوق مادی این رساله از آن دانشگاه ایران است و آثار برگرفته از آن با وابستگی سازمانی دانشگاه ایران منتشر خواهد شد؛

□ در همه آثار برگرفته از این رساله، نام استاد(ان) راهنما و اگر استاد راهنمای نخست تشخیص دهد، نام استاد(ان) مشاور و نشانی رایانامه سازمانی آنان را می‌آورم؛

□ در همه گام‌های انجام این رساله، هرگاه به اطلاعات شخصی افراد یا اطلاعات سازمان‌ها دسترسی داشته یا آن‌ها را به‌کار برده‌ام، رازداری و اخلاق پژوهش را رعایت کرده‌ام.

تاریخ

امضا

برگ تأیید هیئت داوران / صورت جلسه دفاع (به زبان فارسی)

باسمه تعالی

فرم شماره ۵، صورت جلسه دفاع از رساله دکتری	
تاریخ: ۱۳۹۷، ۷، ۱۸	نام و نام خانوادگی دانش آموخته: هدی یزدانی پناه
شماره ملی: ۰۰۲۲۶۷۷۱۱۷	رایانامه شخصی: yazdanpanah128@ydc.ac.ir

عنوان: عقد استنباع در حقوق ایران و سفته اما صحرای نامهای بگزارش کردن بیع بین المللی کالا	رشته تحصیلی: حقوق
گرایش: حقوق بین الملل عمومی	

هیئت داوران پس از شنیدن گزارش و دفاع دانشجو، رساله وی را داوری و با نمره از ۱ تا ۵ قلمرو رتبه آن را «عالی» / «بسیار خوب» / «خوب» / «بدیافته نشده» ارزشیابی کرد.			
سمت	نام و نام خانوادگی وابستگی سازمانی (پژوهشگاه / دانشگاه / ...)	مرتبۀ علمی	شماره ملی رایانامه سازمانی
استاد راهنما	دکتر محمدحسین بیانی	استاد	
استاد راهنمای دوم	دکتر عادل بیانی	دانشیار	<input checked="" type="checkbox"/>
استاد مشاور	دکتر سیدباقر میرعباسی	دانشیار	<input checked="" type="checkbox"/>
استاد داور	دکتر سیدحسین مولویفر	استاد	<input checked="" type="checkbox"/>
استاد داور	دکتر سیدسعید حسینی	دانشیار	<input checked="" type="checkbox"/>
استاد داور	دکتر سیدسعید حسینی	دانشیار	<input checked="" type="checkbox"/>

تأیید ناظر مؤسسه	نام و نام خانوادگی: دکتر سیدصادق هاشمی شاهرودی	سمت: معاون آموزشی و پژوهشی



سپاس و ستایش مر خدای را جل و جلاله که آثار قدرت او بر چهره روز روشن، تابان است و انوار حکمت او در دل شب تار، درفشان. آفریدگاری که خویشتن را به ما شناساند و درهای علم را بر ما گشود و عمری و فرصتی عطا فرمود تا بدان، بنده ضعیف خویش را در طریق علم و معرفت بیازماید.

ماحصل آموخته هایم را تقدیم می کنم به آنان که مهر آسمانی شان آرام بخش آلام زمینی ام است.

به استوارترین تکیه گاهم ، دستان پرمهر پدرم

به سبزترین نگاه زندگیم ، چشمان سبز مادرم

که هرچه آموختم در مکتب عشق شما آموختم و هرچه بکوشم قطره ای از دریای بی کران مهربانی تان را سپاس توانم بگویم.

امروز هستی ام به امید شماست و فردا کلید باغ بهشتم رضای شما را آوردی گران سنگ تر

از این ارزان نداشتم تا به خاک پایتان نثار کنم،باشد که حاصل تلاشم نسیم گونه غبار

خستگی تان را بزدايد.

بوسه بر دستان پرمهرتان

چکیده

عقد استصناع یا قراردادهای سفارش ساخت یکی از پرکاربردترین و مهم‌ترین نمونه‌های قراردادی است که امروزه در حوزه‌های مختلف عمرانی، صنعتی کاربرد فراوانی دارد. در همین زمینه می‌توان به سفارش ساخت یک دست مبل، انعقاد قرارداد پیش‌فروش آپارتمان، ساختن انواع توربین‌ها برای نیروگاه‌ها، ساخت تجهیزات، ابزارآلات و تأسیسات مورد نیاز اشاره کرد که توسط افراد اعم از حقیقی یا حقوقی و توسط دستگاه‌های اجرایی و... به سازندگان و پیمانکاران سفارش داده می‌شود. از استصناع با عناوینی همچون قرارداد تجاری سفارش ساخت، بیع مال آینده نام برده می‌شود. این قرارداد فی‌مابین مستصنع (خریدار)، صانع (سازنده) و مصنوع که کالای سفارش داده شده است، منعقد می‌گردد.

در سال‌های گذشته و در بیشتر ادوار فقهی عقد استصناع توسط فقهای معظم امامیه به علت مجهول بودن مبیع و عدم وجود کالا، انعقاد آن جایز شمرده نشده و لذا بهره‌گیری از این عقد مسکوت مانده بود.

در حال حاضر و با رشد تکنولوژی و شرایط زمانی فقهای متأخر و معاصر مجدداً با رجوع به روایات اهل بیت سلام... علیهم، این بحث را از زوایای مختلف همچون عقد استصناع مصداقی از بیع عین معین، یا بیع سلف، یا عقد اجاره یا عقد مستقل یا در ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی مورد تتبع واقع شده است.

در شرایط کنونی عقد استصناع جزء قراردادهای مستقل محسوب شده به نحوی که می‌توان آن را در چهارچوب قراردادهای خصوصی که با قوانین آمره و نظم عمومی جامعه مخالفت نداشته باشد، مورد استفاد و استناد قرار داد.

امروزه از مهمترین مصادیق قراردادهای سفارش ساخت می‌توان به قراردادهای پیش‌فروش ساختمان، قراردادهای مقاطعه‌کاری، طرح و ساخت در حوزه‌های صنعت و انرژی و به طور کلی در نظام فنی و اجرایی کشور اشاره کرد.

از سویی کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز از مهم‌ترین کنوانسیون‌هایی است که اگر چه جمهوری اسلامی به آن ملحق نشده ولیکن به علت درخواست جمهوری اسلامی برای عضویت در سازمان تجارت جهانی و همچنین مراودات بازرگانی با سایر کشورها می‌بایست شناخت مناسبی از آن پیدا نمود. بنابراین لازم است در قراردادهایی بین‌المللی که با برخی صاحبان فناوری و صنعت با دیگر کشورها منعقد می‌گردد شناخت کافی‌ای از این کنوانسیون در زمان بروز اختلافات داشته باشیم.

کلید واژگان: عقد استصناع، عقد بیع، قرارداد پیش فروش آپارتمان، کنوانسیون بیع
بین المللی کالا

فهرست مطالب

فصل اول: کلیات تحقیق	۵
معرفی و تبیین موضوع (بیان مسئله)	۶
هدف و ضرورت پژوهش	۷
پیشینه پژوهش (سابقه علمی)	۸
روش پژوهش	۹
مقدمه	۱۱
فصل دوم: تعاریف و مفاهیم	۱۷
۱- معنای لغوی استصناع	۱۸
۲- تعریف اصطلاحی استصناع (فقهی - حقوقی)	۱۸
۳- تعریف استصناع در حقوق ایران	۲۱
۴- تفاوت عقد و قرارداد	۲۲
۱-۴- تعریف عقد	۲۲
۲-۴- تعریف قرارداد	۲۴
۳-۴- تفاوت قرارداد با واقعه حقوقی و ایقاع	۲۵
۵- ارکان عقد استصناع	۲۶
۱-۵- طرفین قرارداد	۲۷
۲-۵- موضوع عقد استصناع	۲۸
۳-۵- ویژگی های عقد استصناع	۲۹
۴-۵- موجود نبودن کالا در عقد استصناع	۳۱
فصل سوم: دیدگاه فقهای امامیه در خصوص صحت یا فساد عقد استصناع	۳۳
۱- دیدگاه فقیهان متقدم امامیه در خصوص عقد استصناع	۳۴
۱-۱- بیان دیدگاه جناب شیخ الطائفه شیخ طوسی	۳۴
۲-۱- دیدگاه جناب ابن حمزه	۳۵
۳-۱- بررسی نظرات جناب شیخ الطائفه شیخ طوسی	۳۶
۲- عقد استصناع مصداقی از عقود معین	۳۹
۱-۲- استصناع به عنوان عقد معین یا غیر معین	۳۹
۲-۲- استصناع به عنوان عقد لازم یا جایز	۴۱
۳-۲- استصناع به عنوان عقد منجز یا معلق	۴۲
۴-۲- استصناع به عنوان عقد تملیکی یا عهده	۴۲
۵-۲- استصناع به عنوان عقد رضایی یا تشریفاتی	۴۳
۳- استصناع در چارچوب عقد بیع	۴۳
۱-۳- ماهیت عقد بیع	۴۳
۱-۱-۳- تملیک	۴۵
۲-۱-۳- مالیت	۴۶
۳-۱-۳- عین	۴۶
۴-۱-۳- حق	۴۶
۴- مبیع در عقد استصناع موضوع بیع معین	۴۸
۱-۴- استصناع و بیع کلی	۴۸

۵۱	۲-۴- استصناع در چهارچوب بیع مواد اولیه.....
۵۲	۳-۴- بیع شخصی استصناع با مواد اولیه به شرط ساخت با ذکر مدت مشخص برای ساخت.....
۵۲	۴-۴- بیع استصناع با مواد اولیه به صورت بیع کلی در معین.....
۵۴	۵- استصناع در چارچوب بیع حق خرید و فروش.....
۵۴	۱-۵- استصناع در قالب بیع عربون.....
۵۴	۲-۵- استصناع بیع عربون از دیدگاه فقه امامیه.....
۵۶	۶- عقد استصناع مصداقی از بیع سلف.....
۵۷	۱-۶- ارکان بیع سلف.....
۵۸	۲-۶- ویژگی های بیع سلف.....
۵۹	۷- بیع کالی به کالی.....
۶۱	۸- سیره متشرعه.....
۶۱	۹- عقد استصناع مصداقی از عقد اجاره.....
۶۳	۱۰- استصناع مصداقی از عقد صلح.....
۶۴	۱-۱۰- صلح قراردادی مستقل.....
۶۴	۲-۱۰- ویژگی های عقد صلح.....
۶۶	۳-۱۰- عدم اطلاق عقد استصناع از مصادیق اکل مال به باطل.....
۶۸	۱۱- استصناع مصداقی از عقود مستقل.....
۷۰	فصل چهارم: قراردادهای سفارش ساخت.....
۷۱	۱- پیش پرداخت در قراردادهای سفارش ساخت.....
۷۲	۲- پیش پرداخت در قرارداد با دستگاه های اجرایی.....
۷۳	۱-۲- وجه التزام.....
۷۵	۱-۳- تفاوت پیش پرداخت و وجه التزام.....
۷۵	۱-۴- ضمانت اجرای قراردادی.....
۷۷	۱-۵- بیعانه و وجه التزام.....
۷۷	۲- تسلیم در قراردادهای سفارش ساخت.....
۸۰	۳- عقد استصناع در قالب قرارداد اختیار معامله.....
۸۰	۴- بیع مال آینده.....
۸۱	۱-۴- صحت بیع مال آینده.....
۸۲	۲-۴- بیع مال آینده به صورت عین شخصی در قالب محصولات کشاورزی (بیع الثمار).....
۸۴	۳-۴- بیع مال آینده به صورت بیع مصنوعات در قالب اموال غیرمنقول.....
۸۵	۵- قراردادهای پیش فروش واحدهای ساختمانی.....
۸۷	۱-۵- پیش فروش ساختمان جزء عین معین است.....
۸۸	۲-۵- قلمرو و محدوده تعریف شده در قانون پیش فروش ساختمان.....
۸۹	۶- ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش.....
۹۰	۱-۶- بیع معدوم به تبع موجود.....
۹۱	۲-۶- پیش فروش آپارتمان.....
۹۲	۳-۶- قرارداد پیش فروش آپارتمان در قالب انواع بیع.....
۹۳	۴-۶- قرارداد پیش فروش در قالب بیع عین معین.....
۹۵	۶-۶- قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب تعهد به بیع.....
۹۸	۷-۶- قرارداد پیش فروش ساختمان در قالب عقد صلح.....

۱۰۰	۷- الزام پیش‌فروشنده
۱۰۱	۷-۱- استناد به حق حبس در قراردادهای پیش فروش
۱۰۱	۷-۲- عدم امکان اجرای تعهد
۱۰۲	۷-۳- جریمه تأخیر یا اجبار مالی
۱۰۳	۷-۴- ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش ساختمان
۱۰۴	۸- مبنای فقهی و حقوقی بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن نامعلوم و مجهول
۱۰۶	۸-۱- ثمن شناور
۱۰۷	۸-۲- قرارداد سفارش ساخت در قالب بیع معلق
۱۱۱	۸-۳- ثمن شناور در حقوق موضوعه ایران
۱۱۳	۹- شیوه‌های جایگزین نمودن ثمن قطعی در قراردادهای پیش فروش
۱۱۳	۹-۱- شرط تعیین ثمن توسط شخص ثالث
۱۱۶	۱۰-۱- زمان تحویل در قراردادهای سفارش ساخت
۱۱۷	۱۰-۱-۱- ارکان اجل
۱۱۷	۱۰-۲- اقسام اجل
۱۱۹	۱۱- شرط خیار فسخ در قراردادهای سفارش ساخت
۱۱۹	۱۱-۱- ماهیت خیار در معاملات
۱۲۰	۱۱-۲- خیار تأخیر ثمن در بیع حال
۱۲۲	۱۱-۳- خیار تأخیر ثمن در بیع موجد
۱۲۳	۱۲- قرارداد مقاطعه کاری
۱۲۵	۱۲-۱- تفاوت قراردادهای پیمانکاری سفارش ساخت با عقد بیع
۱۳۱	۱۲-۲- قراردادهای مهندسی، تأمین کالا و ساخت «EPC»
۱۳۴	۱۲-۳- سیاست‌های حمایت از تولید داخل در قرارداد EPC و افزایش ریسک پیمانکاران
۱۳۵	۱۳- روش‌های انعقاد قراردادهای استصناع در نظام بانکی
۱۳۷	۱۳-۱- سفارش ساخت به صورت تملیکی
۱۳۷	۱۳-۲- قرارداد سفارش ساخت به صورت وعده‌ای قطعی
۱۳۷	۱۳-۳- قراردادهای سفارش ساخت به صورت وعده غیر قطعی
۱۳۸	۱۳-۴- تأمین منابع مالی از طریق قراردادهای استصناع
۱۴۰	۱۴- قراردادهای بین‌المللی سفارش ساخت با نگاهی بر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا
۱۴۰	۱۴-۱- کنوانسیون ۱۹۸۰ وین - بیع بین‌المللی کالا CISG
۱۴۳	۱۴-۲- ثمن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا
۱۴۵	۱۴-۳- وجه التزام در کنوانسیون وین
۱۴۷	۱۴-۴- محدوده ماده ۷۴ CISG
۱۴۹	۱۴-۶- تمایز قراردادهای پیمانکاری و عقد بیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا
۱۵۱	فصل پنجم: جمع‌بندی، نتیجه‌گیری و پیشنهاد
۱۵۹	۱- پیشنهادات:
۱۵۹	۱-۱- ضرورت اصلاح قانون پیش‌فروش ساختمان
۱۶۱	۱-۲- ضرورت بازنگری در قراردادهای EPC
۱۶۴	منابع - بخش کتاب‌ها
۱۶۷	منابع - بخش مقالات

فصل اول: کلیات تحقیق

معرفی و تبیین موضوع (بیان مسئله)

نگاهی به تحولات اساسی‌ای که جامعه امروز ما در طول چهار دهه پس از پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی داشته نشان می‌دهد، اساساً نیازها، خواست‌ها و مطالبات مردم، نخبگان و بسیاری از گروه‌های اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و ... تفاوت زیادی با مطالبات و نیازهای سال‌های گذشته دارد.

این تفاوت نشان از پویایی، رشد و پیشرفت جامعه در تمام بخش‌ها و حوزه‌ها، از جمله حقوق و فقه و اقتصاد داشته به گونه‌ای که پرسش‌ها و سؤالات جدیدی برای دستیابی به این پیشرفت مطرح شده است. بخشی از این پرسش‌ها به حوزه فقه و حقوق بازگشته و از آنجایی که قاطبه مردم کشور را مردمی متدین و عامل به احکام اسلام، تشکیل می‌دهند، اخذ نظر دین مبین اسلام و عمل کردن در چارچوب‌ها و قواعد دستورات اهل بیت سلام... علیهم اجمعین، برای این مردم بسیار با اهمیت می‌باشد.

از سویی همان‌گونه که می‌دانیم رشد فزاینده تکنولوژی در همه عرصه‌ها و افزایش تعاملات اقتصادی بین شرکت‌ها و فعالان و سازندگان باعث شده تا ضمن مشاهده روند روبه ارتقاء انعقاد قراردادهای فی‌مابین، انواع جدیدی از همکاری‌های دوطرفه بین تولیدکنندگان، سازندگان و پیمانکاران و کارفرماها اعم از بخش دولتی یا بخش خصوصی را شاهد باشیم. در همین ارتباط امروزه انعقاد قرارداد سفارش ساخت وسایل و تجهیزات جدید و مدرن در حوزه‌های مختلف صنعتی و عمرانی همچون سفارش ساخت اتومبیل‌های متنوع، کشتی‌های مختلف با انواع ظرفیت حمل بار، تجهیزات پزشکی، درمانی، ساخت راه‌ها، تونل‌ها، ساختمان‌ها و اماکن اداری، تجاری و ... همگی از اهمیت این گونه قراردادها در سال‌های اخیر را دارد.

البته سفارش ساخت همیشه و در طول تاریخ در زندگی بشر جاری بوده، به نحوی که در دوره‌های گذشته از آن به عنوان عقد استصناع نام برده شده است؛ لیکن عقد استصناع در دوره‌های گذشته و بالاخص در نیم قرن اخیر نقش بسیار با اهمیت و مهمی را در زندگی روزمره مردم و به تبع آن حوزه صنعتی و عمرانی و اقتصادی به خود گرفته است. از طرفی همان‌گونه که بیان شد عمل به دستورات دین و مطابقت داشتن قراردادها از منظر شرع و قانون برای مردم این کشور، حائز اهمیت است. لذا می‌بایست برای پاسخگویی به این مطالبه به حق، گام‌های اساسی‌ای را برداشت. در همین ارتباط لازم به ذکر است قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان کهدر معاملات روزانه مردم به علت نیاز تأمین مسکن به شدت رواج پیدا کرده، به نظر بسیاری از حقوقدانان جزء قراردادهای ساخت بوده که اختلافات فراوانی را بین پیش‌خریداران و پیش‌فروشنندگان که همان سازندگان واحدهای مسکونی شاهد بوده‌ایم. لذا این گونه قراردادها در سال‌های اخیر در بین اقشار مختلف

مردم رواج داشته و دیگر نمی‌توان این عقد را همچون درخواست سفارش ساخت یک دست مبل و ساخت کفش و غیره در گذشته مقایسه نمود. به همین علت با توجه به نیاز کشور به اشتغالزایی و از سویی کمبود نقدینگی و عدم پرداخت ثمن معامله در ابتدای این قراردادها، باید شناخت درست و کاملی از این گونه قراردادها داشته باشیم.

هدف و ضرورت پژوهش

امروزه قراردادهای سفارش ساخت از منظر تجاری به یکی از رایج‌ترین معاملات دنیا و کشور ما تبدیل شده به نحوی که بخش اعظم قراردادهای تولیدکنندگان و سازندگان را این گونه قراردادها شامل می‌شود.

در حوزه فقه شیعه امامیه، تحقیقات زیادی پیرامون این موضوع نشده و فقط در سال‌های اخیر برخی از مراجع معظم تقلید و فقهای معظم امامیه نسبت به بررسی و تبیین آن قدم‌های مؤثری را برداشته‌اند.

از حیث حقوق موضوعه ایران نیز به شکل تخصصی، قانون‌گذار برای قراردادهای سفارش ساخت که اشکال مختلفی دارد ورود جامعی نداشته به طوری که مقررگذار نظر خود را به صراحت در خصوص انواع قراردادهای ساخت ارایه نداده است.

در حال حاضر قراردادهایی برای ساخت کالا یا مبیع یا ساخت پروژه‌ای با اوصاف و جزئیات و آنالیز فنی معین منعقد می‌گردد که هرچند شباهت‌هایی با برخی از عقود معین داشته اما فی‌الواقع تفاوت‌های بنیادی با دیگر عقود داشته و قراردادهای سفارش ساخت ماهیت خاص خود را به لحاظ فقهی و حقوقی دارد. لذا تبیین و تشریح ابعاد این قرارداد ضروری است. به نحوی که با شناخت مطلوب این قراردادها و قابلیت‌های آن می‌توان نسبت به انعقاد یک قرارداد مطابق با شرع و قانون و به تبع تأمین نقدینگی برای پروژه‌های عمرانی و صنعتی از طریق نظام بانکی با محوریت عقد استصناع، اقدام نمود.

از سویی با عنایت به کاربرد فراوان این گونه قراردادها و اهمیت آن، لزوم بررسی با کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز ضرورت داشته، و در این رساله، نگاهی به کنوانسیون مذکور و مفاد آن صورت خواهد گرفت.

در این پژوهش قصد داریم ضمن تبیین اهمیت قراردادهای سفارش ساخت از منظر فقه امامیه و بیان جنبه‌های حقوقی آن، به ریشه‌ها و موضوعات و احکام عقد استصناع نیز پرداخته و ضمن بررسی شرعی بودن این عقد، به پرسش‌های مطرح در این زمینه نیز بپردازیم.

پیشینه پژوهش (سابقه علمی)

برخی از پژوهش‌های حقوقی بر مبنای حقوق موضوعه ایران و برخی دیگر از پژوهش‌ها بر محوریت فقه متمرکز شده‌اند اما اهمیت موضوع قراردادهای سفارش ساخت از آن دسته موضوعاتی است که برای توضیح و تبیین و درک اهمیت آن می‌بایست به ریشه‌ها و ابعاد فقهی و سپس حقوق موضوعه داخلی ایران همزمان پرداخته شود.

در خصوص عقد استصناع برخی از فقهای متقدم همچون جناب شیخ طوسی در کتب الخلاف و المبسوط و جناب ابن حمزه طوسی در کتاب الوسیله و جناب ابن سعید حلی در کتاب جامع الشرایع پیرامون این عقد نظرات فقهی خود را بیان نموده‌اند.

در سال‌های اخیر نیز با توجه به گسترش تعاملات بازرگانی و تجاری در کشور و ضرورت انعقاد این گونه قراردادهای، مراجع معظم تقلید همچون آیت‌الله‌هاشمی شاهرودی در کتاب قرائات فقیه و برخی دیگر از فقهای ارجمند همچون آیت‌الله مؤمن قمی در کتاب الکلمات السدیده فی مسائل الجدیده به توضیح موضوع عقد استصناع پرداخته‌اند.

همچنین در فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت نیز آیت‌الله‌هاشمی شاهرودی به تبیین این عقد پرداخته و نظرات خود را اعلام نموده است، ضمن آنکه دیگر فقها نیز با توجه پرسش‌های مطرح شده بالاخص سؤالاتی که از ناحیه بانک مرکزی جمهوری اسلامی و اقدام به بررسی شرعی بودن این عقد، نموده‌اند.

لازم به ذکر است، شورای فقهی بانک مرکزی جمهوری اسلامی تحقیقاتی را در این زمینه انجام داده است.

در میان اساتید و حقوقدانان نیز با توجه به عدم صریح ورود قانون‌گذار، بحث مبسوطی صورت پذیرفته است لیکن برخی حقوقدانان همچون آقای دکتر کاتوزیان در بحث عقود معین و در کتاب قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی و دکتر جعفری لنگرودی در تألیفات خود به این موضوع اشاره داشته‌اند.

در همین ارتباط نیز برخی کتابهای دیگر همچون عقد استصناع دکتر منصوری، اوراق استصناع اثر دکتر سیدعباس موسویان و مقالات تخصصی ارائه شده در خصوص این عقد از مرحوم دکتر نظریور و یا کتاب پیش‌فروش آپارتمان اثر آقای حسن علیزاده قابل اشاره نمود.

لازم به ذکر است مجلس شورای اسلامی در راستای پیشگیری از وقوع جرم و کاهش اختلافات در قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، قانونی را در سال ۱۳۹۱ با عنوان قانون پیش‌فروش ساختمان به تصویب رسانده که در این رساله به عنوان یکی از منابع از آن بهره خواهیم گرفت.

در همین زمینه به تعدادی از مقالاتی که به رشته تحریر در آمده است و مورد استناد پژوهشگران می باشد به شرح ذیل اشاره می گردد:

مقاله «الاستصناع» - اثر آیت... سید محمود هاشمی شاهرودی

مقاله «کلمه فی عقد الاستصناع» - اثر آیت... شیخ محمد مومن قمی

مقاله «الاستصناع» - اثر آیت... محمدعلی تسخیری

مقاله استقلال یا عدم استقلال عقد استصناع - نوشته آقای مرحوم محمد نقی نظرپور

مقاله صحت یا فساد عقد استصناع - نوشته مرحوم محمد نقی نظرپور و مرتضی محمدی

مقاله احکام و آثار فقهی - حقوق عقد استصناع نوشته سید عباس موسویان.

روش پژوهش

نوع و روش در انجام این پژوهش، همچون دیگر پژوهشها در این حوزه، کتابخانه‌ای - توصیفی بوده که با مراجعه به کتابخانه و بررسی کتاب‌های فقهی و حقوقی و بهره‌گیری از مقالات تخصصی بالاخص فصلنامه‌های علمی-پژوهشی و دیگر اطلاعات موجود در پایگاه‌های اطلاعاتی فیش‌برداری‌های لازم صورت گرفته است.

بنابراین پس از مطالعه و بررسی و با استفاده از اصول کلی حقوقی و استدلال منطقی نسبت به استخراج نتایج اقدام خواهد شد.

پرسش اصلی تحقیق (مسئله تحقیق)

سوالات اصلی

۱. ماهیت عقد استصناع چیست؟ به عبارت دیگر آیا قرارداد سفارش ساخت کالا از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران قابل پذیرش می باشد؟

سوالات فرعی

۱. آیا عقد استصناع را از جمله عقود معین همچون بیع سلف و یا اجاره اشخاص باید دانست و یا آن را عقدی مستقل از سایر عقود برشمریم.

۲. در ارتباط با این عقد، مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا از منظر حقوق ایران قابل پذیرش می باشد؟

فرضیات:

فرضیه: عقد استصناع و به طور کلی قراردادهای سفارش ساخت مشمول احکام عقود معین از قبیل عقد بیع، بیع سلف، عقد اجاره، جعاله قابل انطباق کامل نبوده و لذا می بایست این

عقد را با توجه به آیات شریفه «احل الله البيع» و «وفوا بالعقود» «تجاره عن تراض»
عقدی شرعی و صحیح بوده و می بایست جزء عقود مستقل غیر معین محسوب گردد.

مقدمه

قراردادهای سفارش ساخت از هزاران سال پیش در بین مردم رایج بوده به نحوی که می‌توان به سفارش ساخت زین چرمی و وسایل و تجهیزات سوارکاری، ابزارآلات نظامی اعم از لباس رزم و ساخت کفش در روزگاران گذشته بین مردم مرسوم بوده است، اشاره نمود. امروز علاوه بر سفارش ساخت همچون سفارش ساخت مبیل برای منازل و یا سفارش ساخت درب و پنجره و دیگر وسایل و تجهیزات برای زندگی روزمره، در بسیاری دیگر از حوزه‌ها، نیز این گونه قراردادهای سفارش‌های ساخت بین کارفرما و یا پیمانکاران و یا فعالان اقتصادی و صنعتی رواج یافته و انواع و اقسام گونه‌های مختلف قراردادهای سفارش ساخت بین تجار و صنعتگران و شرکت‌ها و تولیدکنندگان منعقد می‌گردد. با رشد فناوری‌های نوین در بخش‌ها و حوزه‌های مختلف صنعتی و از سویی نیاز مبرم به ماشین‌آلات و دستگاه‌های جدید برای بالا بردن کیفیت محصولات تولیدی و همچنین عدم توانایی افراد در ساخت این گونه ماشین‌آلات و تجهیزات، قراردادهای سفارش ساخت بسیار گسترش و افزایش یافته به نحوی که این روش قراردادی به عنوان یکی از پرکاربردترین نوع از قراردادهای بین سیستم بانکی در تمام دنیا و همچنین فعالان اقتصادی و دستگاه‌ها و وزارتخانه‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیردولتی همچون شهرداری‌ها و شرکت‌های فعال در حوزه ساخت و ساز به کار بسته می‌شود.

بسیاری از فعالان اقتصادی برای اجرای پروژه‌های سرمایه‌گذاری و یا نوسازی و بهسازی طرح‌های موجود و یا تکمیل و توسعه خطوط جدید تولیدی و صنعتی نیاز مبرم دارند که به شرکت‌ها و سازندگان تجهیزات و ماشین‌آلات و خطوط تولید مراجعه و به آنان سفارش ساخت دستگاه‌های مورد نیاز (با مشخصات دقیق فنی) را ارایه نمایند. بنابراین همان‌گونه که بیان شد قراردادهای سفارش ساخت رواج فراوان داشته به گونه‌ای که نظام و سیستم بانکی، به عنوان تامین‌کنندگان اصلی منابع پولی و مالی و ارایه‌دهنده تسهیلات به سازندگان و شرکت‌های سازنده قراردادی‌های استصناع را به عنوان یکی از قراردادهای صحیح مورد استفاده قرار می‌دهند. در همین ارتباط، مدت کوتاهی است که قراردادهای استصناع در سیستم بانکداری اسلامی کاربرد گسترده‌ای پیدا کرده، به گونه‌ای که بانک توسعه اسلامی (مستقر در جده عربستان) که با عضویت اکثریت کشورهای اسلامی از جمله جمهوری اسلامی ایران مدت ۱۰ سال است از این عقد برای اعطای تسهیلات در قالب خطوط اعتباری به کشورهای اسلامی استفاده می‌کند. اخیراً موضوع گنجانده شدن عقد استصناع ابتدا در شورای فقهی بانک مرکزی مطرح که پس از بررسی و اخذ نظرات مختلف علماء و مراجع معظم تقلید و حقوق‌دانان، به عنوان یکی از عقود شرعی و مطابق با قوانین و مقررات کشور به همراه عقد مرابحه و عقد خرید دین

برای گنجانده شدن در فصل سوم قانون عملیات بانکداری بدون ربا به تصویب شورای فقهی بانک مرکزی رسید.

در همین راستا و پس از تصویب در شورای فقهی، موضوع توسط بانک مرکزی در قالب لایحه دولت به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد شد و در نهایت عقود سه‌گانه استصناع، مباحه و خرید دین در ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی ج.ا.ا. به تصویب نمایندگان مجلس شورای اسلامی رسید. در نهایت هیات وزیران نیز به استناد ماده ۹۸ قانون برنامه پنجم، دستورالعمل اجرایی عقد استصناع را در یکصد و بیست و هشتمین جلسه مورخ ۱۳۹۰/۵/۲۵ شورای پول و اعتبار تصویب و به کلیه بانک‌ها و مؤسسات مالی - اعتباری ابلاغ نمود.

بدیهی است قراردادهای سفارش ساخت در حال حاضر با قراردادهای استصناع با ایام گذشته از حیث اندازه، کیفیت، کمیت متفاوت بوده و ابعاد گسترده‌تری را خواهد داشت و همانند عقود جعاله، مشارکت مدنی و فروش اقساطی از زمره عقود بسیار بااهمیت در عرصه‌های اقتصادی است.

بسیاری از طرح‌های بزرگ و ملی همانند ساخت پالایشگاه‌ها، توسعه فازهای یک تا ۲۲ پارس جنوبی، ساخت طرح‌های کلان نفت و گاز در پارس شمالی که تاکنون حتی عملیاتی و اجرایی نیز نشده است، ساخت آزادراه‌های مهم در کشور، ساخت طرح‌های ریلی همچون اتصال خطوط ریلی کشور به خطوط ریلی کشورهای همسایه شمالی که در مسیر جاده ابریشم قرار دارند، توسعه سامانه‌های برق توسط شرکت توانیر وزارت نیرو، احداث طرح‌های بزرگ صنعتی مس و فولاد در جنوب کشور، توسعه فاضلاب شهری و ساخت تصفیه خانه‌های شهری به همراه لزوم ساخت تصفیه خانه پساب‌های شهری و صنعتی برای جلوگیری از هدر رفت آب توسط بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول از طریق ارایه تسهیلات، ساخت و توسعه بنادر همچون بندر مکران در چابهار استان سیستان و بلوچستان فقط موارد کوچکی از قراردادهای سفارش ساخت است که در قالب این گونه قراردادهای مابین کارفرما و پیمانکار منعقد و به مورد اجرا گذاشته می‌شود. تنوع بازارهای اقتصادی در حوزه‌های مختلف صنعتی و تولیدی و از سویی گستردگی بازار مالی نیازمند تتبع بیشتر در دستورات و احکام اسلامی بوده به نحوی که در چارچوب دستورات و اوامر شارع مقدس می‌توان پاسخگوی موضوعات مستحدثه روز باشیم. گنجینه عظیم فقه اسلامی، سرشار از روایات و احادیث ناب و زیبایی است که می‌توان براساس مقتضیات زمان و مکان، نیازهای گوناگون بیشتر را از آن استخراج و بهره‌مند شد.